

**DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA
TUTELA DE URGÊNCIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: perspectivas de
horizontalização da tutela processual**

**REQUIREMENTS FOR GRANTING A
PROTECTION OF EMERGENCY IN CONSUMER RELATIONS: prospects
flattening of procedural protection**

**Anderson de Azevedo¹
Henrique Afonso Pipolo²**

RESUMO

A tutela antecipada possui previsão expressa em diversos diplomas legais, tendo como principal referência o Art. 273 do Código de Processo Civil. Este estudo pretende demonstrar que no âmbito das relações de consumo o juiz deverá afastar-se, em um primeiro momento, das exigências constantes do Art. 273 do CPC, buscando, a partir do art. 83, §3º, Código de Defesa do Consumidor, a análise dos requisitos legais para a concessão da tutela antecipatória. Esta orientação está orientada a partir dos referenciais dogmáticos e principiológicos constantes do Código de Defesa do Consumidor e busca, em última análise, promover a efetivação e horizontalização do acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVES:

Relação de consumo; Tutela Antecipatória; Inaplicabilidade do Art. 273 do CPC; Aplicabilidade do art. 84, §3º do CDC.

ABSTRACT

The emergent relief has express provisions in several statutes, but the main reference is the Article 273 of the Code of Civil Procedure. This study aims to demonstrate that in the context of consumer relations the judge should move away, at first, the requirements set out in Article 273 of the CPC, seeking from the art. 83, § 3 of the Consumer Protection Code, the analysis of the legal requirements for the grant of anticipatory protection. This approach is oriented from the dogmatic and principiológicos reference in the Code of Consumer Rights and seeks, ultimately, to promote effective and flattening of access to justice.

KEYWORDS:

Consumer relationship; Anticipatory protection; Inapplicability of Article 273 of the CPC; Applicability of article. 84, § 3 of the CDC.

¹ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e do Centro Universitário Filadélfia (Unifil). Email: azevedo@advogadospr.com.br

² Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutorando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e do Centro Universitário Filadélfia (Unifil). Email: pipolo@advogadospr.com.br

INTRODUÇÃO

A tutela antecipada possui previsão expressa em diversos diplomas legais, tendo como principal referência o Art. 273 do Código de Processo Civil (instituída pela Lei 8.952/94). O instituto previsto nesse dispositivo legal é norma de caráter geral, e que exige o preenchimento de requisitos para que o provimento antecipatório deva ser concedido.

Não é incomum o indeferimento de pedido de tutela antecipatória formulado pelo consumidor, quanto autor de demandas envolvendo interesses no âmbito das relações de consumo, sob a justificativa de inexistência dos requisitos legais autorizadores da tutela de urgência como, por exemplo, *prova inequívoca do fato* ou *verossimilhança do alegado*.

Com efeito, o consumidor, geralmente envolvido em relações que se constituíram sob a égide da informalidade ou oralidade, fica despido do poder de municiar a autoridade judiciária de provas documentais capazes de cumprir as requisições exigidas pelo art. 273 do Código de Processo Civil. A inexistência de elementos materiais concretos à mão ou mesmo a negativa da existência de uma relação jurídico obrigacional com o fornecedor evidenciam a difícil tarefa do consumidor cumprir o desiderado proposto pelo Código de Processo Civil e constituir prova inequívoca capaz de demonstrar a verossimilhança de sua alegação, resumido à máxima, desde a antiguidade, *onus probandi incubit quid alegat factum*.

Não se mostram incomuns pedidos de concessões de tutelas antecipatórias em favor de consumidores que almejam a suspensão dos efeitos de uma determinada relação de obrigações, formulados em petições iniciais e baseados tão somente em argumentos de inexistência de vínculo jurídico entre as partes ou lastreados em poucos elementos probatórios. Sob os rigorosos critérios do processo civil clássico, a concessão da tutela de urgência ao consumidor, nesses casos, aparece como uma manifestação quase intuitiva do magistrado, pois, de fato, não se verificam presentes os requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil.

Esse estudo pretende demonstrar, entretanto, que no âmbito das relações de consumo, orientando-se a relação jurídico-processual a partir dos referenciais dogmáticos e principiológicos constantes do Código de Defesa do Consumidor, o juiz deverá afastar-se, em um primeiro momento, das exigências constantes do Art. 273 do CPC, buscando nos dispositivos do Estatuto Consumerista os elementos normativos essenciais para o desenvolvimento de uma hermenêutica sistêmica própria e adequada aos fins específicos para a solução da relação de consumo.

De fato, o Código de Defesa do Consumidor, um microsistema jurídico é suficiente para amparar as partes e o magistrado no exercício de suas funções e oferece todos os recursos normativos necessários para, sem esforços, a concessão de provimentos antecipatórios, independentemente da verificação dos requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil. Esse desvio de foco é medida que atende à proposta de efetividade da prestação jurisdicional pranteada como direito básico do consumidor e, portanto, à ideia de horizontalização da justiça no âmbito das relações consumeristas.

2. OS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA GENÉRICA: TIPOLOGIA DO ART. 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O instituto da antecipação da tutela foi inserido formalmente no ordenamento brasileiro com a reforma do Código de Processo Civil realizada pela Lei 8.952/94, que alterou o Art. 273, cujo teor passou a prever a possibilidade de o juiz antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela jurídica pretendida no pedido inicial.

O legislador processual, nada mais fez, do que possibilitar, de forma genérica, a concessão de decisões, com a antecipação dos efeitos do provimento final pleiteado, em caráter liminar e provisório, toda vez que tal medida seja necessária para assegurar a utilidade da prestação jurisdicional. Ou seja, a antecipação dos efeitos da tutela nada mais é do que medida de urgência construída *segundo técnica cautelar*, destinada a conferir eficácia ao provimento final (BEDAQUE, 2009, p. 291-292).

Porém, não se trata de tutela cautelar, tal como pronunciado por de Antônio Cláudio da Costa Machado (1999, p. 273):

Quase com unanimidade, os autores que abordam o tema sob enfoque na perspectiva do Art. 273, inciso I, do CPC (...), têm afirmado que a natureza da tutela antecipatória nada tem de cautelar, mas sim de adiantamento do provimento de mérito, de pura antecipação satisfativa do resultado final do processo. Dentre os argumentos a freqüentemente expostos para fundamentar a tese, o principal é o de que a finalidade da antecipação não é resguardar a eficácia de outro provimento, nem assegurar a exigibilidade da sentença a ser proferida ao final, ou a razoabilidade de uma pretensão de direito material, e muito menos, preservar a utilidade prática de outro processo.

De fato a tutela antecipada não possui natureza cautelar porque não se trata de medida destinada a impedir o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro, assim como se sucede nas medidas cautelares. O seu propósito, distinto,

está associado à possibilidade do autor desfrutar, desde o início da marcha processual, do bem da vida que pretende receber definitivamente pelo provimento jurisdicional final.

Neste sentido Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2001, p. 730) definem que:

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar; porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos.

Portanto, a tutela antecipatória é aquela fundada em cognição sumária que tem por finalidade realizar, provisoriamente, total ou parcialmente, o direito invocado no pedido inicial. (AMARAL, 2001, p. 77).

O núcleo normativo desse instituto é, como cediço, o Art. 273 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação e [...]

O *caput* do dispositivo destaca os dois primeiros requisitos legais, sempre essenciais e indispensáveis para a concessão da tutela antecipada.

O primeiro requisito a ser apontado é a manifestação da parte interessada no provimento. A necessidade de requerimento da parte para a concessão da medida é o ponto de partida para a concessão. O *caput* é expresso neste sentido. Por esta razão, a doutrina quase pacífica assinala a vedação da concessão de tutela antecipada de ofício (NERY JUNIOR, 2001, p. 454).

José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 847), entretanto, entende de maneira diversa e afirma:

Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante o risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual exista, provas suficientes de verossimilhança. Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação 'ex officio' do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo (...) não há por que afastar a incidência do Art.798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material.

Para o Autor citado a concessão de ofício apenas pode ocorrer quando se tratar de direitos indisponíveis em extrema situação de risco.

De fato, não apenas o Autor, mas qualquer parte no processo que pode realizar pedido tem legitimidade para pleitear tutela antecipada. O autor, por formular pedido em face do réu, é o legitimado por excelência para pleitear a tutela antecipada (BUENO, 2006, p. 42). Porém, outras pessoas, ao afirmarem uma pretensão em juízo, também terão legitimidade para requer a concessão da tutela antecipada. É o caso do réu quando ajuíza uma reconvenção ou uma ação declaratória, bem quando deduz o pedido contraposto ou quando se tratar de ação dúplice. Outros que podem ser legitimados para requerem a concessão da tutela antecipada: o assistente litisconsorcial, o oponente, na oposição e o denunciante, na denunciação da lide. Também tem legitimidade para pleitear a tutela o assistente simples, porém condicionada à aceitação pelo assistido (NERY JUNIOR, 2001, p. 454).

O segundo requisito, também previsto no caput do Art. 273, é *prova inequívoca que convença da verossimilhança*. Prova inequívoca deve ser entendida como prova robusta, firme, forte, contundente (BUENO, 2006, p. 33).

Por outro lado, entende-se por verossímil *a plausibilidade, a probabilidade de ser. A verossimilhança resulta das circunstâncias que apontam certo fato, ou certa coisa, como possível, ou como real, mesmo que não se tenham deles provas diretas*. Assim, poderíamos extrair da expressão que: *seria necessário não apenas versão verossímil dos fatos, mas também a existência de prova apta para revelar o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor* (BEDAQUE, 2009, p. 796).

Também é importante destacar que *prova inequívoca não é a suficiente para acolhimento do pedido, o que autoriza o julgamento antecipado* (BEDAQUE, 2009, p. 836).

Neste mesmo sentido destaca Luiz Guilherme Marinoni (1998, p. 155):

A denominada 'prova inequívoca' capaz de convencer o juiz da 'verossimilhança da alegação' somente pode ser entendida como a 'prova suficiente' para o surgimento do verossímil. Entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito.

O requisito da prova inequívoca que convença da verossimilhança relaciona-se com o requisito do *fumus boni iuris* da cautelar, mas com ele não se confunde.

O primeiro requisito exige uma cognição muito mais profunda do que a mera plausibilidade da alegação (o chamado *fumus boni iuris*). Pode-se dizer que se trata de um *fumus boni iuris* especialmente qualificado (ZAVASCKI, 1997, P. 76).

Esta diferença se justifica uma vez que na concessão da tutela antecipada, antecipa-se o próprio provimento jurisdicional, e não apenas o assegura. Sendo uma medida muito mais

drástica, exige-se uma proximidade maior da certeza do direito afirmado do que no caso da concessão da medida cautelar.

Sobre o tema Cassio Scarpinella Bueno (2006, p. 36-37) aponta que tais diferenciações apenas funcionam no papel, porém não na prática:

Na prática não é possível ligar à mente do magistrado que analisa uma petição inicial de ação cautelar, de ação com pedido de tutela antecipada ou de mandado de segurança, uns tantos conectores para que seja medido o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado e/ou documentado pelo autor. A questão na realidade deve ser resolvida de modo mais fácil. Ou bem o magistrado se convence suficientemente de que o requerente tem algum direito demonstrado (nem que seja retoricamente), e defere a providência jurisdicional de urgência, ou não se convence, e indefere o pleito de urgência.

Para a concessão da tutela antecipada também é exigido um dentre dois requisitos expostos nos incisos do Art. 273 do CPC.

Saliente-se que estes requisitos são alternativos entre eles.

O primeiro é a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, e consta do inciso I. Trata-se, portanto, do *periculum in mora*, requisito necessário para a concessão de tutela cautelar. Isto é, faz-se necessário aferir se o direito tutelado tem risco de perecer se aguardar o deslinde do processo. Assim, deve ser demonstrado que se for aguardar o provimento final, este poderá ser inútil tendo em vista a urgência da pretensão. Zavascki (1997, p. 77) afirma as características que o risco de dano deve conter para ensejar a concessão da tutela antecipatória:

[...] é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte).

Complementa Patricia Miranda Pizzol (2006, p. 108): *Pode-se identificar com facilidade se o requisito do perigo da demora está presente nas ações que envolvem o direito à vida ou à saúde do autor.*

O inciso II prevê outro requisito (repise-se, requisito alternativo em relação ao previsto no inciso I). Trata-se do requisito da existência do abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O objetivo desta previsão foi privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional.

Sobre o tema, é importante destacar a possibilidade apontada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2001, p. 458) através da qual pode ocorrer a concessão da

tutela antecipada com base neste inciso, mesmo antes da apresentação da contestação pelo réu:

é admissível o pedido liminar fundado no inciso II, pois não despropositando o abuso de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedido prazo para o adimplemento.

Existe, por fim, um requisito extraído a contrário senso do Parágrafo 2º do Art. 273, CPC: *Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

Assim, além dos requisitos já tratados, para a concessão da tutela antecipada é imprescindível que o provimento seja reversível. Destaca-se que esta reversibilidade tem em vista a questão prática da efetivação da medida e não jurídica, eis que toda e qualquer medida de urgência (seja antecipatória ou cautelar) tem a intrínseca qualidade de provisoriedade (BEDAQUE, 2009, p. 797).

Afirma Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 199-200):

A própria provisoriedade da tutela antecipatória autoriza a pensar que a alteração da cognição do juiz a respeito do fundamento que o levou a conceder a tutela pode conduzir, conforme o caso, a sua revogação ou modificação (...) Assim, por exemplo, se o juiz verifica, em virtude de prova trazida aos autos com a contestação, que a tutela inibitória antecipada não deveria ter sido concedida, não há em que pensar em preclusão, já que é da própria essência da tutela urgente de cognição sumária a modificabilidade e a revogabilidade, por ser inerente a ela a provisoriedade.

Será irreversível quando, posteriormente, verificada que a medida era indevida, seja impossível o retorno ao *status quo*. Assim, *a irreparabilidade do prejuízo de quem pede a antecipação deve ser examinada em face da possível irreversibilidade dos efeitos causados pela medida. Muitas vezes o prejuízo irreparável, afirmado por quem pleiteia a tutela de urgência, opõe-se a impossibilidade de a situação retornar ao 'status quo' em caso de improcedência da demanda* (BEDAQUE, 2009, p. 837).

Assim, de modo simplista e sintético, pode-se definir tutela antecipada (prevista no Art. 273, CPC) como medida que prevê o preenchimento de alguns requisitos, sendo eles: o requerimento da parte; a prova inequívoca do fato; a verossimilhança da alegação; o fundado receio de dano irreparável (ou de difícil reparação) ou abuso de direito de defesa (ou manifesto propósito protelatório do réu); e, a reversibilidade do provimento.

Não obstante, tomada em sua faticidade, a presença desses requisitos quando se está diante de uma relação de consumo, e notadamente em razão das peculiaridades desse tipo de

relação jurídica, é praticamente impossível. A começar pela prova inequívoca do próprio fato ou da relação jurídica obrigacional instituída entre consumidor e fornecedor que, no mais das vezes, é informalmente constituída, por e-mail, ou mesmo por telefone.

Avançar para outros aspectos da relação consumerista, verificando-se por exemplo a questão da hipossuficiência do protagonista dessa relação, que amiúde se encontra totalmente alheio aos aspectos técnicos e informativos do processo produtivo dos produtos e serviços adquiridos, é imergir em uma condição de completa ausência de elementos sustentadores de um provimento jurisdicional antecipatório, nos moldes exigidos pelo Art. 273 do CPC.

Daí porque se deve entender que o referido dispositivo legal não é adequado para fundamentar a concessão ou o indeferimento da tutela antecipatória, quando o conflito demanda interesses afetos às relações de consumo. Não há razão para se buscar nesse núcleo normativo a razão de ser da análise do provimento antecipatório, senão apenas em caráter subsidiário, porque o Código de Defesa do Consumidor, microssistema jurídico por excelência, contém previsão normativa adequada para a concessão de tal decisão judicial, com um elenco de requisitos adequados às peculiaridades dessa espécie distinta de relação jurídica, conforme se passa a demonstrar.

3. OS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA ESPECÍFICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: TIPOLOGIA DO ART. 83 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa, principalmente no capítulo que tange à defesa do consumidor em juízo procurou inovar em suas orientações, como forma de alinhar a sua construção normativa ao seu propósito dogmático. Assim foi que o CDC buscou criar diversos instrumentos capazes de dar efetividade à atuação jurisdicional, objetivando tornar concretas as previsões insculpidas em sede material (arts. 6º a 54).

Em verdade, quando se analisa os dispositivos do capítulo de defesa do consumidor percebe-se a clara intenção do legislador em tutelar o consumidor com a máxima efetividade, já que se trata, inexoravelmente, de parte vulnerável nas relações fenomênica de consumo, tal como afirma Kazuo Watanabe (2004, p. 764-765):

Uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo. No dispositivo que estamos comentando (Art.83), o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no código. Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais.

Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias consequências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio Chiovendiano, segundo o qual o 'processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir', a segunda [...] retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores.

Dentre esses vários mecanismos consagrados pelo Código Consumerista, verifica-se o Art.84, §3º, justamente o artigo que trata da tutela antecipada. Aliás, e diga-se apenas de passagem, o Art. 84, §3º, do CDC é o primeiro dispositivo específico que previu a tutela antecipatória no direito processual brasileiro. Reza o §3º do Art. 84:

Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

Acerca desse dispositivo, Kazuo Watanabe (2004, p. 841) ensina que:

O Art.84 do CDC foi a primeira previsão de tutela específica antecipada no ordenamento brasileiro (em 1990). Somente em 1994, com a importante reforma do Código de Processo Civil ocorrida em 1994, a Lei 8952/94, introduziu no CPC a nova redação do Art.461, com a previsão, no §3º, da tutela específica antecipada. Vale apenas mencionar que os legisladores do CDC, para a confecção do Art.84, inspiraram-se em um anteprojeto de modificação do CPC elaborado em 1985.

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2001, p. 1017), esta espécie de tutela antecipada tem natureza claramente satisfativa:

A norma permite que o juiz adiante a tutela de mérito. Esta tutela antecipatória significa que o juiz poderá conceder, liminar e provisoriamente, o pedido mesmo deduzido em juízo. É como se estivesse julgando procedente, provisoriamente o pedido mesmo deduzido em juízo.

Hélio Zaghetto Gama (2002, p.150), realçando esta ideia, expõe:

Diz a lei que o juiz concederá a tutela específica, ou determinará (mandando) a solução que permita ao consumidor obter o resultado prático equivalente a do adimplemento com ele contratado ou consistente na obrigação de não fazer ou na obrigação de fazer do fornecedor.

Assim como nós, a maioria dos autores não nega a característica da tutela antecipada em sede das relações de consumo, inclusive associando-a a do Art. 273, CPC, Belinda Pereira da Cunha (1999, p. 157) orienta:

Neste sentido, a antecipação da tutela do Art.84 do Código do Consumidor permite que o juiz adiante a tutela de mérito, o que segundo a doutrina, equivale ao julgamento provisório de procedência do pedido. Isso deverá ser feito diante do relevante fundamento de demanda e do justificado receio de ineficácia do provimento final. Justifica-se, assim, a concessão da antecipação da tutela prevista no Art.84 para a defesa dos direitos do consumidor, entendendo serem normas que se complementam, atribuindo poderes ao juiz a fim de que se atinja a eficácia, a efetividade tempestiva da tutela pretendida.

Contudo, a constatação que se alcança, quando da análise tipológica do dispositivo legal em comento, é que esta tutela antecipada especial não possui os mesmos requisitos da tutela antecipada genérica, prevista no Art. 273, CPC.

Ao contrário do Art. 273, do CPC, que como referido anteriormente exige *prova inequívoca que convença da verossimilhança*. No caso do §3º do Art. 84 pretende a verificação apenas e tão somente de *relevante fundamento da demanda*. E não há como negar que a carga semântica de exigibilidade do primeiro (*prova inequívoca que convença da verossimilhança*) é consideravelmente maior que a do segundo dispositivo (*relevante fundamento da demanda*).

Pode-se dizer, com a máxima tranquilidade, que o fundamento fático-jurídico construído no bojo do requerimento, quando não se trata de relação de consumo, deve ser em um grau mais intenso se comparado às questões próprias das plagas consumeristas, pois, no segundo caso, o artigo adjetiva o fundamento apenas com o qualificativo *relevante*. Certamente, um *fundamento relevante* previsto no âmbito da tutela antecipatória dos feitos envolvendo relações de consumo exige um grau bem menos intenso de certeza do que a expressão *prova inequívoca que convença da verossimilhança* (exigido para a concessão de tutela antecipada genérica).

O segundo requisito coincide com o fundamento do inciso I do Art. 273, CPC e para a concessão de tutela antecipada: *periculum in mora*.

Destaca-se, outrossim, que para a concessão da tutela antecipada na hipótese do Art. 84, CDC não se exige como requisito o requerimento da parte, como existe no Art. 273, CPC. E essa é uma situação muito apropriada à dinâmica processual das relações de consumo. Por serem de ordem pública e interesses social, as prerrogativas e direitos do consumidor podem ser reconhecidos, declarados por provimentos jurisdicionais independentemente da provocação da parte interessada. Essa possibilidade está alinhada com o princípio fundamental da ação governamental e, em última e constitucional instância, ao que dispõe o Art. 5º, inciso XXXII da própria Constituição Federal, segundo o qual “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Assim, conclui-se que o juiz, de ofício, verificando a presença dos requisitos legais constantes do art. 84, §3º, pode conceder o provimento jurisdicional antecipatório, liminar e provisoriamente. Com base nesta posição, não se exige como requisito fundamental para a concessão do provimento, o requerimento da parte, podendo, como regra, o juiz conceder a tutela de ofício.

Ademais, o Art. 84, CDC não realiza referência expressa quanto à possibilidade de aplicação da fungibilidade. Porém, é possível sustentar a incidência da fungibilidade em razão da aplicação analógica do §7º do Art. 273 do CPC. Tendo em vista que o Art. 273 CPC é uma norma geral de tutela antecipada, entende-se que este dispositivo deve ser aplicado subsidiariamente à antecipação da tutela específica antecipada.

O Art. 84, CDC também faz qualquer menção acerca do requisito da reversibilidade do provimento. Porém, entende-se que este requisito também deve ser observado na tutela específica antecipada (MARINONI apud BUNENO 2006, p. 1411), e aqui a razão é distinta. A questão da reversibilidade do provimento não é apenas um aspecto elementar normativo. A reversibilidade do provimento antecipado é da própria essência do instituto, e a sua inobservância, tomada em última análise, levaria à violação do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, já que, a grande parte das concessões antecipadas ocorrem quando da análise da petição inicial, *inaldita altera pars*, e a concessão de provimentos irreversíveis se constituiria, ainda que no âmbito das relações de consumo, como decisão inconstitucional.

Por último, e ao contrário do que uma leitura desatenta poderia informar, o art. 84, apesar de estar posicionado ao lado de dispositivos legais que regulam o processo coletivo no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, não se restringe apenas aos feitos de natureza transindividual. Veja-se que o próprio artigo 81, que abre a sessão das disposições gerais da Defesa do Consumidor em Juízo no Código, registra que *“a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individual, ou a título coletivo”*. Portanto, nenhuma vinculação restritiva pode ser engendrada em desfavor do consumidor sob o argumento de aplicação do art. 84 apenas no âmbito do processo coletivo.

Assim, de um modo também sintético, poder-se-ia referir que a antecipação de tutela específica, no âmbito do Direito das Relações de Consumo, apresenta os seguintes requisitos: relevante fundamento da demanda, justificado receio de ineficácia do provimento final e reversibilidade da medida.

Tais requisitos, inequivocamente, demandariam muito menos esforço por parte do consumidor quando da busca de materialização do vínculo obrigacional formado, e

permitiriam ao magistrado mais tranquilidade e certeza, quando de sua atividade analítico-normativa dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela jurisdicional.

4. FUNDAMENTAÇÃO DOGMÁTICA E PRINCIPIOLÓGICA

Após refletir sobre as diferenças existentes entre os requisitos autorizadores da concessão tutela antecipada previstos no Art. 273 do Código de Processo Civil e aqueles constantes do Art. 84, § 3º da Lei 8.078/90, há se buscar as razões de ordem dogmática e principiológica pelas quais se permite afirmar, categoricamente, porque não se aplica o Art. 273 do Código de Processo Civil para a concessão de tutela de urgência antecipatória quando o conflito se instaura nos campos do Direito Consumerista. E a primeira delas é de razão epistemológica.

Para Nunes (2000, p. 67) o Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional, um subsistema próprio, inserido no sistema constitucional brasileiro:

[...] é preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, tendo sido criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro.

Nota-se claramente que não é admissível interpretar a legislação consumerista sem ter em mente o fato de que ela é um subsistema no ordenamento jurídico distinto, que prevalece sobre os demais quando verificados os elementos essenciais da relação jurídica de consumo, o que exige a aplicação apenas em caráter subsidiário quando presentes eventuais situações normativas aparentemente antinômicas (NUNES, 2000, p. 5).

O Código de Defesa do Consumidor, diploma regulador das relações jurídicas de consumo no Brasil, além de se tratar de um microsistema específico é também classificado como norma de interesse social e possui natureza cogente. Neste sentido Nunes (2000, p. 71), afirma:

Dessa forma, de um lado as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros normativos da Carta Magna, e, de outro, todas as demais normas do sistema somente terão incidência nas relações de consumo se e quando houver lacuna no sistema consumerista. Caso não haja, não há por que nem como pensar em aplicar outra lei diversa da nº 8.078.

Além do caráter cogente, há que se salientar o fato do Código de Defesa do Consumidor ser prevalente a outras ordenações:

A Lei nº 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem.(NUNES, 2000, p. 80)

A natureza cogente classificada pela doutrina justifica-se pelo desequilíbrio das partes na relação jurídica de consumo. O legislador pretendeu criar um mecanismo hábil para estabelecer e assegurar o devido equilíbrio das partes na relação jurídica. EFING (2004, p. 29) explica a questão:

[...] quando o CDC preceitua o estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social para reger as relações de consumo, quer o legislador proporcionar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este último se valha de sua vontade para obter vantagens mediante a imposição de seus interesses. Portanto o CDC, ao prever normas impositivas de natureza cogente, ordem pública e interesse social, sobrepõe-se à vontade das partes, no intuito de promover a defesa do consumidor, não cabendo às partes da relação de consumo a derrogação de tais preceitos cogentes contidos no CDC.

Neste sentido, são válidos ainda, os ensinamentos de Nunes (2000, p. 24):

O poder constituinte, ao elaborar o texto magno, desde aquele instante tratou de deixar estabelecidos certos grupos de pessoas e certos indivíduos que merecem a proteção constitucional, isto é, a Constituição Federal reconhece de plano a hipossuficiência de certas pessoas, que devem, então, ser tratadas pelo intérprete, pelo aplicador e pelo legislador infraconstitucional de maneira diferenciada, visando a busca de uma igualdade material.

No Brasil, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor encontra-se exteriorizado na própria Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXII, onde declara que *o Estado promoverá a defesa do consumidor*.

A ONU, igualmente vem defendendo a vulnerabilidade do consumidor, através da Resolução n. 39/248, de 10 de abril de 1985. Neste documento considerou-se evidente o desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo entre fornecedores e consumidores (ALMEIDA, 2000, p. 23)

No Art. 4º., inciso I do Código de Defesa do Consumidor há expressa alusão a hipossuficiência do consumidor, uma vez que o reconhecimento da vulnerabilidade trona-se um mecanismo realizador da tutela protetiva do estado.

O texto normativo prevê outros instrumentos processuais, destinados à efetivação dos direitos dos consumidores e todos eles, de forma interdependente formam um *microssistema jurídico próprio*, com aplicabilidade a qualquer momento numa determinada relação jurídica

em disputa. Basta haver a lesão ao consumidor, para que os meios protetivos sejam aplicados (NERY JUNIOR, 2001, P. 19).

Como o Código de Defesa do Consumidor apresenta normas de ordem pública e interesse social, em função a flagrante vulnerabilidade do consumidor, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicar-lhe as regras inclusive *ex officio*, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes (NUNES, 2000, p. 76).

Significa dizer que, o aplicador da lei, no caso concreto, havendo necessidade e interesse, na utilização da medida antecipatória, deverá sempre optar pela sua concessão nos moldes do Art. 84, § 3º, Código de Defesa do Consumidor; descartando assim a incidência do dispositivo geral (Art. 273), desde que a relação envolvida seja consumerista.

Outro ponto fundamental dessa análise é o de ordem principiológica.

As relações de consumo estão orientadas por um conjunto principiológico que dá sustentação à uma hermenêutica específica a ser aplicada quando de seus conflitos e análises normativas. E, a aplicação do Art. 84, §3º, do CDC, como fundamento da concessão da tutela de urgência em favor dos consumidores (com o conseqüente afastamento dos formalismos e exigências previstas pelo Art. 273, do CPC) é postura que atende ao *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo* e à determinação de uma *ação (...)* *no sentido de proteger efetivamente o consumidor por iniciativa direta* (Art. 4º, inciso I, CDC).

O que se percebe, outrossim, que essa exegese atende aos comandos normativos que prevêm, como direitos básicos do consumidor “*a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,coletivos e difusos*”, “*o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,coletivos ou difusos, (...)*”, bem como “*a facilitação da defesa de seus direitos*”, previstos nos incisos VI, VII e VIII, do Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

Enquanto a tutela antecipada disciplinada no Art. 273 do CPC exige para sua concessão a presença de provas inequívocas, verossimilhança da alegação e alternativamente fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (portanto, um mínimo de três requisitos variáveis), a

previsão de provimento antecipatório presente no Art. 84, Parágrafo 3º, do CDC, contenta-se com o relevante fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento legal, totalizando apenas dois requisitos fixos e de muito mais simples verificação quando considerada a relação jurídica em sua essência fenomênica.

Concluí-se também pela especialidade da tutela antecipada disposta no Art. 84, Parágrafo 3º do CDC comparado ao Art. 273, caput do CPC, quando se tratar da concessão da tutela antecipada em sede de relações de consumo, tudo isto fundamentado em princípios gerais do direito e também conforme aplicação de regras de hermenêutica clássica.

Portanto, essa proposta de aplicação do Art. 84, §3º do CDC, como sede motivacional principal da concessão do provimento antecipatório de urgência em favor do consumidor, com o afastamento das exigências rígidas e formais dos requisitos previstos no Art. 273 do CPC, alinha-se dogmaticamente e principiologicamente às novas tendências processuais e se constitui, inegavelmente, em um poderoso instrumento de efetivação, concretização e horizontalização da justiça quando se trata de conflitos envolvendo as relações de consumo.

As revisões pelas quais o processo civil atualmente passa, inclusive à margem da edição de um novo Código com propostas de promoção de acesso à justiça e horizontalização da prestação jurisdicional, autoriza a comunidade científica buscar novos referenciais normativos, dogmáticos e principiológicos para tornar efetiva a previsão legal material e garantir a antecipação dos provimentos finais em favor daquele que reconhecidamente é a parte material e tecnicamente mais fragilizada na relação jurídica de consumo: consumidor.

Não se está propondo um abandono da análise dos requisitos do Art. 273 do CPC, mas a avaliação de que as normas de direito processual civil devem ser aplicadas com função meramente subsidiária ao Código de Defesa do Consumidor, em razão da especificidade da matéria. As soluções às questões problemáticas que se apresentam no âmbito das relações de consumos devem ser buscadas, primordialmente, no seu próprio contexto normativo, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, que está redigido estruturalmente, sob princípios que lhe dão uma identidade epistemológica e legislativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. B. de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2. ed.: Saraiva, 2000.

AMARAL, J. R. P. de. **Tutela Antecipatória**, São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, J. R. S. dos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, **Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, **Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973, Código de Processo Civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, C. S. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**, v. 1 e2, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código de processo civil interpretado**, Coordenação Antonio Carlos Marcato 2ª. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

CUNHA, B. P. da. **Antecipação da Tutela no Código de Defesa do Consumidor**: Tutela Individual e Coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAMA, Z. H. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACHADO, A. C. C. da. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI L. G. **A antecipação da Tutela**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI L. G. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, N. **Código Brasileiro do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

NERY JUNIOR, N. ; NERY, R. M. A. de. **Código de Processo Civil Comentado e legislação Processual Civil Extravagante**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** - (Arts. 1 ao 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

PIZZOL, P. M. **A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça**, In: *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STJ, AgRg na MC 11402/MT, 1ª T., rel Min. Francisco Falcão, j. 6.6.2006, DJ 26.6.2006, p. 118, v.u.

WATANABE, K. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da tutela**, São Paulo: Saraiva, 1997.